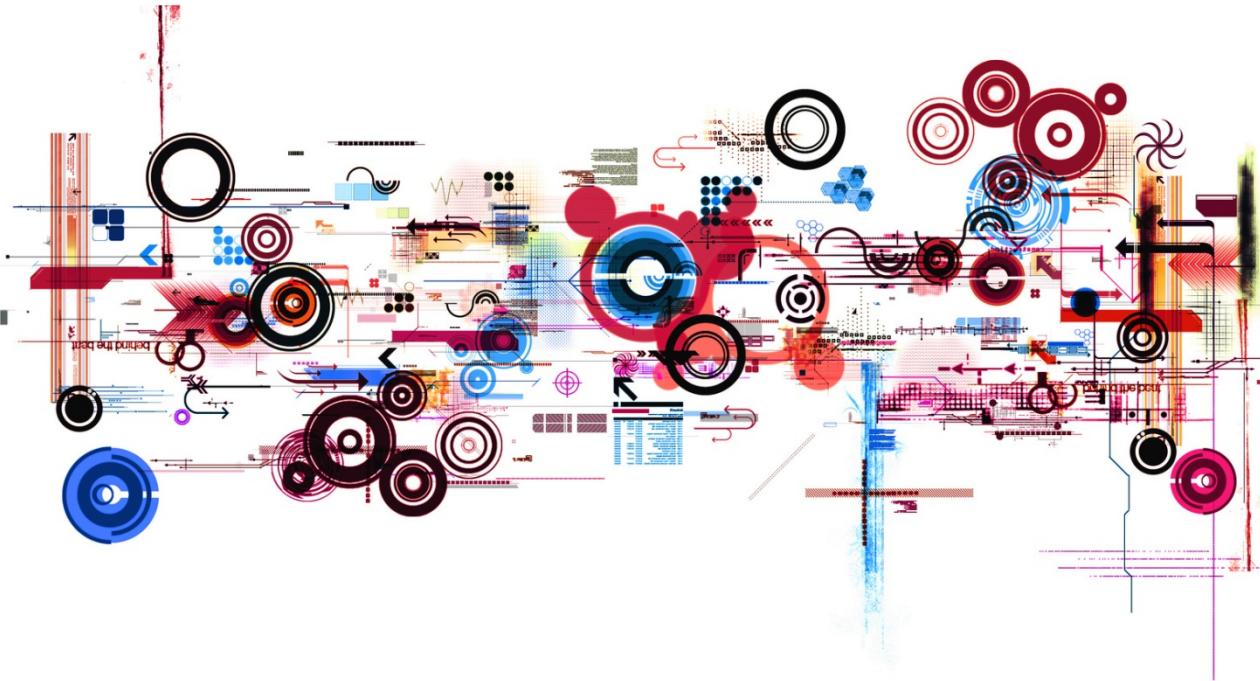


Gestaltung von Verträgen mit Freelancern in IT-Projekten

Arbeits- und urheberrechtliche Fallen
sowie deren Vermeidung



Freelancer in der IT - Statistik

- Die Bedeutung von Freelancern in der IT ist ungebrochen:
 - Freelance.de listet für 2016:
 - 3.832 Ausschreibungen aus dem Bereich IT und Entwicklung
 - 18.360 Freelancer Profile aus dem Bereich
 - Absoluter Spitzenreiter aller Projekte ist Softwareentwicklung und -programmierung
 - Zweite Stelle: IT Projektleitung und Projektmanagement
 - Gerade in der IT schätzen Auftraggeber die Flexibilität für Einsatz neuer Technologien



Freelancer in IT Projekten – Vorsicht Falle!

- Sind Freelancer Werkunternehmer oder Leiharbeitnehmer?
 - Exkurs: § 611a BGB (neu)?
- Wem gehören die Arbeitsergebnisse?
- Wer haftet für den Freelancer?
- Erlaubt der Kunde den Freelancereinsatz?

Freelancer in der IT – Werkvertrag ./ ANÜ

- **Problemfall:**

- Auftraggeber deklarieren Dauer-Leiharbeiternehmer als Werkunternehmer und sparen dabei Sozialabgaben, bzw. umgehen Arbeitszeitregeln / Kündigungsschutz
- Durch „Vorratsgenehmigung zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung“ sichern sich die Unternehmen die Möglichkeit angebliche Werkunternehmer nachträglich zu legalen Leiharbeitnehmern umzudeklarieren
- Betriebsrat ist bei Werkunternehmerereinsatz nicht involviert



Freelancer in der IT – Werkvertrag ./ ANÜ

- **Daimler (I): LAG Baden-Württemberg**
(Urteil vom 1.8.2013 - 2 Sa 6/13):
 - Freie IT Dienstleister waren in die Organisation des AG integriert und nahmen Weisungen direkt entgegen
 - Kriterien: Dauer & Ort der Beschäftigung, feste Arbeitszeiten, feste Ansprechpartner, Firmenhardware
 - Ticketsystem zur Beauftragung wurde umgangen
 - LAG: Leiharbeit = Arbeitsverhältnis mit Daimler fingiert
- **Daimler (II): BAG**
(Urteil vom 12.7.2016 – 9 AZR 352/15):
 - AG konnte ANÜ Genehmigung vorweisen und Gesetz verbietet zur Zeit noch nicht die nachträgliche Umdeklarierung
 - Fiktion gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG iVm. § 9 Nr. 1 AÜG greift nicht bei *verdeckter* ANÜ mit Vorratsgenehmigung



Freelancer in der IT – Werkvertrag ./ ANÜ

- Gesetzgeber will Regelungslücke schließen:
 - Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 1.6.16
(BR-Drs 294/16 vom 2.6.16/BT Drs 18/9232 vom 20.7.16)
 - **Beschlossen am 21.10.2016**
 - Inkrafttreten: 1.1.2017
 - **§ 611a BGB (neu)** definiert den Begriff des AN und stellt auf tatsächliche Vertragsdurchführung statt Bezeichnung ab

„§ 611a Arbeitnehmer

*Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung **weisungsgebundener, fremdbestimmter** Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann **Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit** betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die **tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses**, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“*



Freelancer in der IT – Werkvertrag ./ ANÜ

- **AÜG (neu):**

- Arbeitnehmer werden überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen
- legale ANÜ setzt die ausdrückliche Bezeichnung als ANÜ von Anfang an voraus
- ANÜ wird auf 18 Monate begrenzt, danach wird Arbeitsverhältnis mit Entleiher automatisch fingiert
 - Es sei denn Leiharbeiter wählt Fortsetzung mit Verleiher
 - Durch Tarifvertrag auch längere Überlassung möglich

- **BetrVG (neu):**

- AG muss BR über jegliches Fremdpersonal informieren (Angabe von Einsatzort, Zeitraum, Aufgaben, vertragliche Grundlage)



Freelancer in der IT – Werkvertrag ./. ANÜ

- Tipps für die vertragliche Gestaltung:
 - Eingliederung verhindern, z.B. durch Genehmigung eigener Hardware und Arbeitsort
 - Problem: IT Security bei der Hardware Einbindung und Teamarbeit insbesondere bei Agilen Projekten
 - Ausdrückliche Freigabe für andere Projekte
 - Problem: Kapazitäten!
 - Ticketsystem zur Vermeidung direkter Weisungen
 - Problem: Umgehungen sind zu verhindern, Schulung und Durchsetzung dokumentieren!
 - Weisungskette über IT Provider dokumentieren
 - Daimler: 70 E-Mails vs. 9.000 Tickets haben gereicht



Freelancer und IP

- **§ 69b Abs. 1 UrhG:**
AG ist automatisch Inhaber aller wirtschaftlichen Exklusiv-Rechte an Software und Entwürfen
 - Voraussetzung: Entwicklung im Rahmen des **Arbeitsverhältnisses**
 - Arbeitnehmerbegriff (§ 43 UrhG) dabei wie im Arbeitsrecht auszulegen
- **Fazit:** Der echte Freelancer entwickelt gerade nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zum AG



Freelancer und IP

- **Problemfall:** verdeckter Leiharbeitnehmer
 - Freelancerverträge, die den Werkvertragstest nicht bestehen, sind ANÜ
 - § 9 Nr. 1 AÜG: ANÜ ohne AÜG Erlaubnis sind unwirksam = nichtig
 - Faktisches Arbeitsverhältnis für Arbeitnehmer
 - § 69b UrhG nicht anwendbar und Rechteklauseln aus dem angeblichen Werkvertrag teilen Nichtigkeitsschicksal des gesamten Vertrages



Freelancer und IP

- Tipps für die Vertragsgestaltung:
 - Rechteübertragung an entwickelten Codes, Entwürfen und Dokumentationen vertraglich im Auftrag regeln
 - Ggf. auch in gesondertem Vertrag (mit NDA?), wenn Gefahr der verdeckten ANÜ besteht
 - Dabei auch nicht urheberrechtlich geschützte Arbeitsergebnisse (XML Files etc.) mitregeln
 - Wissenstransfer schon vor dem Ausscheiden ist wegen hoher Fluktuation besonders wichtig



Freelancer und IP Haftung

- **§ 99 UrhG:** Der Inhaber des Unternehmens haftet für Urheberrechtsverletzungen seiner Arbeitnehmer und Beauftragten
 - Arbeitnehmer: s.o.
 - Beauftragter: Wer ohne AN zu sein, mit dem Willen des Unternehmensinhabers in dessen Betriebsorganisation eingegliedert ist und dessen Arbeitsergebnis auch dem Betriebsorganismus zugute kommt
(BGH NJW 1995, 2355, 2356 - Franchise-Nehmer; Meckel in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 3. Aufl. 2013, § 99 Haftung des Inhabers eines Unternehmens, Rn. 4)
 - Das erfasst auch selbständige Dienst-/Werkunternehmer und Freelancer



Freelancer und IP Haftung

- Tipps für die Vertragsgestaltung:
 - Besonderes Augenmerk auf Haftung und Versicherungsabsicherung im Vertrag
 - Vier Augen Prinzip bei der Programmierung
 - Agile Projekte ermöglichen auch soziale Kontrolle im Team
 - Haftungsrisiko FOSS
 - Ggf. durch eigene FOSS Überwachung begleiten



Freelancer im Kundenverhältnis

- **IT Kundenverträge** enthalten oft Klauseln zum Subunternehmereinsatz
 - Geregelt werden Zulässigkeit, Genehmigungs-/ Vetorecht, Sicherheitsanforderungen, Qualifikationen, Umgang mit vertraulichen Informationen
- **Datenschutz** macht zusätzliche Vorgaben
 - ADV muss Subunternehmer zulassen
 - Zugriff auf besondere Daten und Daten, die einem Berufsgeheimnis unterliegen
- Ggf. **sektorspezifische Vorgaben**
 - z.B. MaRisk



Freelancer im Kundenverhältnis

- Tipps für die Vertragsgestaltung:
 - Freelancereinsatz zulässig gem. Kundenvertrag und Gesetz?
 - Austausch des konkret eingesetzten Personals regeln
 - Durchsetzbarkeit der Weisungs-/Auditrechte des Kunden sicherstellen
 - Sicherheitsüberprüfung und Vorlage von Zertifikaten inkl. regelmäßiger Nachprüfung
 - Verpflichtung auf Datengeheimnis sicherstellen
 - Arbeitnehmerübergang und Haftung/Kosten nach §613a BGB regeln
 - Offenlegung des Freelancervertrags gegenüber Kunden und Unternehmenskäufern ermöglichen

